

Kan duur ook goedkoper?

Mr. dr. M. Albers

Notaris in Amsterdam en assistent professor Erasmus School of Law

1 Inleiding

Een beperkt zakelijk recht, zoals een recht van erfpacht en een opstalrecht, wordt gevestigd bij notariële akte en de inschrijving van een afschrift van die akte in de daartoe bestemde openbare registers van het Kadaster. In de akte waarbij het recht wordt gevestigd, zullen partijen de bevoegdheden die de beperkt zakelijk gerechtigde heeft ter zake van de onroerende zaak worden bepaald. Hierbij zal in het merendeel van de gevallen ook de duur van het recht worden geregeld, zodat vastligt wanneer de bevoegdheden van de beperkt zakelijk gerechtigde eindigen (art. 5:86 jo. art. 5:104, tweede lid, BW). De rechten en bevoegdheden die voortvloeien uit het beperkt zakelijk recht (met inbegrip van de duur van het recht) bepalen de omvang daarvan. De waarde van het beperkt zakelijk recht is afhankelijk van de omvang van dat recht. De waarde van het beperkt zakelijk recht is natuurlijk ook afhankelijk van de waarde van de onroerende zaak die met dat recht is bezwaard. De waarde van het recht zal de hoogte van de (eenmalige en/of periodieke) vergoeding bepalen die de beperkt zakelijk gerechtigde verschuldigd is aan de eigenaar. Deze waarde van en de vergoeding voor het beperkt zakelijk recht is bij de heffing van omzetbelasting en overdrachtsbelasting van belang voor de bepaling van de heffingsgrondslag. Daarnaast is deze bij de heffing van omzetbelasting ook van belang om (onder andere) de vestiging en overdracht van het beperkt zakelijk recht te kwalificeren als levering van goed of dienst (art. 3, tweede lid, Wet OB 1968).

Zowel het begin als het einde van het beperkt zakelijk recht leidt met enige regelmaat tot discussie. In deze bijdrage ga ik in op het begin en het einde van het recht van erfpacht en het recht van opstal in civiel en fiscaal perspectief.

2 Aanvang van het recht

Het beperkt zakelijk recht ontstaat door vestiging dan wel door de overdracht van de onroerende zaak onder voorbehoud van een beperkt zakelijk recht (art. 3:81, eerste lid, BW). Hierbij geldt dat voldaan moet worden aan de constitutieve vereisten die de wet stelt aan de vestiging van een beperkt zakelijk recht en de overdracht van de onroerende zaak (art. 3:81 en 3:98 BW). Ik noem het vereiste van de notariële akte en de inschrijving van een afschrift van die akte in de daartoe bestemde openbare registers (art. 3:89 BW).

De vestiging van het beperkt zakelijk recht volgt de tussen partijen gesloten obligatoire overeenkomst. Deze obligatoire overeenkomst gaat vooraf aan de notariële vestiging van het recht. In die obligatoire overeenkomst spreken partijen onder andere af wanneer het beperkt zakelijk recht ingaat en ook wanneer het eindigt. Meestal wordt afgesproken dat het recht ingaat op het moment waarop de notariële akte van vestiging wordt getekend. Vanaf dat moment krijgt de beperkt zakelijk gerechtigde ook de feitelijke beschikking over de onroerende zaak. De beperkt zakelijk gerechtigde is vanaf het moment waarop zijn recht ingaat, gehouden tot het voldoen van een canon of retributie. Een eenmalige vergoeding wordt in de meeste gevallen betaald via de notaris ten tijde van de vestiging.

Toch komt het ook voor dat partijen niet willen wachten op het passeren van de notariële akte om uitvoering te geven aan de gesloten obligatoire overeenkomst. In die gevallen wordt de onroerende zaak aan de beperkt zakelijk gerechtigde ter beschikking gesteld voordat de notariële akte is ondertekend. De beperkt zakelijk gerechtigde is meestal vanaf dat moment verplicht tot betaling van een canon of retributie. Als partijen net doen alsof het beperkt zakelijk recht is gevestigd, wordt dit aangeduid als de economische vestiging. Deze economische vestiging kwalificeert voor de heffing van overdrachtsbelasting als de verkrijging van economische eigendom en is daarmee belast op grond van art. 2, tweede lid, Wet BRV.

Voor de heffing van omzetbelasting is er geen sprake van de economische vestiging van het beperkt zakelijk recht.¹ Het beperkt zakelijk recht wordt voor de omzetbelasting pas als lichamelijke zaak aangemerkt wanneer het ook juridisch wordt gevestigd (art. 15, tweede lid, Btw-richtlijn). De vestiging wordt aangemerkt als een fictieve verhuurdienst (art. 11, eerste lid, onderdeel b, laatste volzin, Wet OB 1968). Hierbij geldt overigens wel dat, om de prestatie als verhuur aan te merken, ook voldaan moet worden aan de voorwaarden die Unierechtelijk aan het begrip 'verhuur' worden gesteld. Daarbij zou het kunnen voorkomen dat de economische vestiging van het beperkt zakelijk recht wordt aangemerkt als de levering van de onroerende zaak. In dat geval is het niet nodig dat het beperkt zakelijk recht als lichamelijke zaak kwalificeert.

De samenloopvrijstelling voor de heffing van overdrachtsbelasting stelt onder voorwaarden vrij, de verkrijging van onroerende zaken en rechten waaraan deze zijn onderworpen, als ter zake van die verkrijging ook omzetbelasting verschuldigd is. Als de economische vestiging van het beperkt zakelijk recht voor de heffing van omzetbelasting wordt aangemerkt als fictieve verhuurdienst, is deze in beginsel vrijgesteld.² Daarmee kan geen beroep worden gedaan op de samenloopvrijstelling, omdat er simpelweg geen samenloop is. Bij besluit heeft de staatssecretaris van Financiën, onder voorwaarden, een tegemoetkoming geboden.³ De obstakels voor de heffing van omzetbelasting en overdrachtsbelasting heb ik uitgebreid besproken in mijn proefschrift.⁴

Met name bij de vestiging van een recht van erfpacht komt het voor dat gebruikgemaakt wordt van tijdvakken. De tijdvakken bieden de eigenaar de mogelijkheid om na verloop van het tijdvak de grondwaarde en daarmee ook de canon te herzien. Daarbij kunnen dan ook de overige voorwaarden waaronder het recht is gevestigd, aangepast worden. In de uitgifteovereenkomst wordt aangegeven wanneer het eerste tijdvak aanvangt en ook eindigt. Hierbij wordt regelmatig een vaste begin- en einddatum genoemd, die niet afhankelijk zijn van het passeren van de notariële akte. Naar mijn mening is er geen sprake van een economische vestiging van het recht van erfpacht wanneer de datum waarop het eerste tijdvak aanvangt,

¹ HR 27 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8145.

² Ik laat buiten beschouwing de mogelijkheid om te kiezen voor heffing overeenkomstig art. 11, eerste lid, onderdeel b, onder 5, Wet OB 1968, alsmede de verhuur die van rechtswege belast is overeenkomstig art. 11, eerste lid, onderdeel b, onder 1 t/m 4, Wet OB 1968.

³ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 16 maart 2017, 2017-51500, onderdeel 2.2.4.

⁴ M. Albers, *Het beperkt zakelijk recht en enkele belastingen* (diss. RUG), Rijksuniversiteit Groningen, 2017.

is gelegen voordat de notariële akte van vestiging wordt getekend. Het betreft slechts het bepalen van het moment waarop de vorenbedoelde aanpassingen kunnen worden gemaakt.

3 Einde van het recht

Het beperkt zakelijk recht kan ook eindigen. Bij het einde vervalt het recht waarmee de onroerende zaak was bezwaard. De eigenaar wordt wederom gerechtigd tot de volle en onbezwaarde eigendom van de onroerende zaak. De wet bepaalt dat een beperkt zakelijk recht onder andere tenietgaat door verloop van de tijd waarvoor het recht is gevestigd, of door de vervulling van de ontbindende voorwaarde waaronder het beperkte recht is gevestigd (art. 3:81, tweede lid, onderdeel b, BW).

Wanneer een beperkt zakelijk recht niet voortdurend of eeuwigdurend wordt gevestigd, eindigt het recht (in beginsel) na verloop van de periode waarvoor het recht is gevestigd. Het recht van erfpacht en het recht van opstal eindigen echter niet op die einddatum indien de erfpachter dan wel de opstaller de zaak op dat tijdstip niet heeft ontruimd (art. 5:98, eerste en vijfde lid, en art. 5:107, tweede lid, BW). De rechten van de beperkt zakelijk gerechtigde blijven dan doorlopen, tenzij de eigenaar uiterlijk zes maanden na het tijdstip van het initiële einde doet blijken dat hij haar als geëindigd beschouwt. De eigenaar en de erfpachter kunnen de verlengde erfpacht evenwel eindigen op de wijze en met inachtneming van de termijn zoals vermeld in art. 5:88 BW (art. 5:98, eerste lid, BW). Dit brengt met zich dat een recht van erfpacht, dat (bijvoorbeeld) is gevestigd voor een periode van vijf jaar, daarna nog vele jaren kan blijven voortbestaan, omdat het recht eenvoudigweg niet is opgezegd.

Hiervoor gaf ik aan dat voor de bepaling van de waarde van het beperkt zakelijk recht, de periode waarvoor het recht is gevestigd, van belang is. De duur van het recht is daarmee van belang voor de bepaling van de heffingsgrondslag voor de omzet- en de overdrachtsbelasting.⁵ De heffingsgrondslag wordt gesteld op een eventuele eenmalige vergoeding, te vermeerderen met de waarde van de canon of retributie die, in beginsel forfaitair, wordt bepaald.^{6,7} Bij de waardering van de canon is de duur waarvoor het recht is gevestigd een van de variabelen die de heffingsgrondslag bepaalt. Als een beperkt zakelijk recht wordt gevestigd voor een periode van vijf jaar, dan wordt de canon slechts forfaitair bepaald over die periode van vijf jaar. Bij het bepalen van de heffingsgrondslag zullen partijen geen rekening houden met het feit dat het recht mogelijk doorloopt overeenkomstig art. 5:98, eerste lid, BW. Dit is anders wanneer partijen bij de vestiging deze feitelijke doorloop (buiten de akte) wel zijn overeengekomen. In dat geval wordt de heffingsgrondslag bepaald met inachtneming van deze verlengde doorlooperperiode.

Wanneer het recht na verloop van de periode waarvoor het is gevestigd, blijft doorlopen omdat het niet is opgezegd, leidt dit op dat moment niet tot een belaste verkrijging voor

⁵ Hiernaast is deze voor de heffing van omzetbelasting mede van belang om de betreffende rechtshandeling als levering van goederen aan te merken overeenkomstig art. 3, tweede lid, Wet OB 1968.

⁶ Voor de heffing van overdrachtsbelasting: art. 11, eerste en derde lid, Wet BRV, alsmede de bijlage bij het Uitv.besl. BRV. Voor de heffing van omzetbelasting: art. 8, vijfde lid, onderdeel b, Wet OB 1968, alsmede bijlage A bij het Uitv.besl. OB 1968.

⁷ Ik laat hier buiten beschouwing de situatie waarbij ten tijde van de vestiging de canon of retributie wordt vooruitbetaald. Zie hiervoor ook HR 18 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1683.

de heffing van overdrachtsbelasting. De mogelijkheid dat het recht voortduurt na verloop van de periode waarvoor het recht is gevestigd, is in feite al een onderdeel van het recht, met het bestaan van de dwingendrechtelijke bepaling van art. 5:98, eerste lid, BW. Er is dan geen ruimte om een (aanvullende) verkrijging voor de heffing van overdrachtsbelasting te constateren.⁸ Dit is anders wanneer op dat moment het recht van erfpacht opnieuw wordt uitgegeven dan wel wordt verlengd. Die heruitgifte dan wel verlenging leidt, in beginsel, wel tot een belaste verkrijging (art. 6, tweede lid, jo. art. 9, tweede lid, Wet BRV). De heruitgifte dan wel verlenging biedt partijen meer zekerheid dan dat zij erop moeten vertrouwen dat het recht niet wordt opgezegd. Deze zekerheid is in elk geval wenselijk bij een voornemen om het beperkt zakelijk recht dan wel de eigendom te verkopen.

4 Tussentijdse overeengekomen beëindiging

Zoals de wet bepaalt, kunnen partijen bij de vestiging van het recht van erfpacht en opstal de duur daarvan regelen (art. 5:86 jo. art. 5:104, tweede lid, BW). Het staat partijen hierbij ook vrij om overeen te komen dat het recht onder bepaalde voorwaarden tussentijds eindigt. Gedacht kan worden aan de beëindiging van het recht wanneer de publiekrechtelijke bestemming van het betreffende perceel wijzigt. Ook een zogenoemde breakoptie, waarbij een of beide partijen de mogelijkheid heeft/hebben om naar eigen inzicht het recht te doen eindigen, kom ik tegen.⁹

Met een dergelijk beding wordt de periode waaronder het recht is gevestigd, nader ingekleurd. Het tenietgaan van het recht, op grond van de bij de vestiging van het recht overeengekomen beëindigingsgrond, kan niet aangemerkt worden als de afstand dan wel de opzegging van het recht.¹⁰ Reeds bij de vestiging van het recht wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat het beperkt zakelijk recht mogelijk minder lang voortduurt dan de overeengekomen (maximale) periode. Nu de duur van het recht van essentieel belang is voor de bepaling van de waarde van het recht, heeft het opnemen van een beëindigingsgrond tot gevolg dat de heffingsgrondslag voor de heffing van overdrachtsbelasting lager is dan wanneer deze beëindigingsgrond niet was overeengekomen. Immers de kans is aanwezig dat het recht minder lang voortduurt dan de overeengekomen (maximale) periode. De kans waarop de beëindigingsgrond werkelijkheid wordt, moet door partijen worden geschat.

Ik schets het volgende voorbeeld. Er wordt een recht van erfpacht gevestigd voor een periode van tien jaar, met een jaarlijkse canon van € 10.000. In de akte van vestiging wordt een beëindigingsgrond opgenomen waardoor het recht tenietgaat wanneer na verloop van vijf jaar de publiekrechtelijke bestemming van het perceel grond is gewijzigd, zodat woningbouw op het perceel mogelijk wordt. Partijen schatten de kans dat de bestemming binnen die vijf jaar wordt gewijzigd op 20%.

Het beperkt zakelijk recht zou een waarde van € 74.500 hebben als het recht een duur had van tien jaar en € 42.500 bij een duur van vijf jaar.¹¹ Naar mijn mening zou de heffingsgrond-

⁸ Zie ook HR 15 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC4264.

⁹ Ik laat hier de houdbaarheid van dergelijke bepalingen in civielrechtelijke zin buiten beschouwing.

¹⁰ Zie in dit kader HR 15 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC4264.

¹¹ Hierbij is gebruikgemaakt van de tabel van de bijlage behorend bij de Wet BRV.

slag alsdan € 68.100 ((€ 74.500 * 0,8) + (€ 42.500 * 0,2)) bedragen. Hiermee zou er € 7.082 aan overdrachtsbelasting verschuldigd zijn, uitgaande van een tarief van 10,4%.

Zoals gezegd leidt het eindigen van het recht door het intreden van de beëindigingsgrond niet tot een belaste verkrijging. Wanneer partijen een dergelijke beëindigingsgrond niet opnemen, maar er in het hiervoor geschetste voorbeeld afstand wordt gedaan van het recht nadat vijf jaren zijn verlopen, levert het eindigen van het recht wel een belaste verkrijging op. Er is dan overdrachtsbelasting verschuldigd over de (restant)waarde die het recht op dat moment heeft. Wanneer het recht door partijen, dat is gevestigd voor een periode van tien jaar, wordt beëindigd na vijf jaar, heeft het een restantwaarde van € 42.500. Hierover zal overdrachtsbelasting verschuldigd zijn, die geheven wordt bij de eigenaar. Het is dus aanzienlijk goedkoper wanneer partijen bij het vestigen van het beperkt zakelijk recht deze beëindiging al overeenkomen. Immers, als de beëindigingsgrond niet is opgenomen, wordt bij de vestiging overdrachtsbelasting geheven over € 74.500 die werd geheven ten laste van de beperkt zakelijk gerechtigde. Vervolgens is bij de beëindiging over € 42.500 overdrachtsbelasting verschuldigd, die geheven wordt bij de eigenaar. In totaal is dan overdrachtsbelasting betaald over een bedrag van € 117.000 (€ 74.500 plus € 42.500) zodat in totaal € 12.168 aan overdrachtsbelasting wordt betaald. Hiermee is de totale belastingdruk dan ook hoger dan in het geval de beëindigingsgrond reeds bij de vestiging was overeengekomen. Of zoals het spreekwoord luidt: bezint eer ge begint.

Het komt echter ook voor dat partijen na verloop van tijd de voorwaarden waaronder het recht is gevestigd wijzigen. Zo zou ook de hiervoor bedoelde bepaling geschrapt kunnen worden, waarmee het recht voor de (maximale) einddatum kan worden beëindigd. Ofwel de bepaling die de mogelijkheid biedt om het recht voortijdig te beëindigen, wordt geschrapt. Het schrappen van deze bepaling houdt direct verband met de duur waaronder het recht is gevestigd. De waarde van het recht kan met het schrappen van de bepaling dan ook toenemen. De wijziging van het recht wordt fictief aangemerkt als de afstand van het bestaande recht tegen verkrijging van een nieuw recht (art. 6, tweede lid, Wet BRV). De heffingsgrondslag bij de wijziging van het recht wordt dan vervolgens gesteld op het verschil tussen de waarde van het bestaande recht en het nieuwe recht (art. 9, tweede lid, Wet BRV).

Stel, in het hiervoor geschetste voorbeeld wordt het recht na verloop van drie jaar gewijzigd, waarbij de beëindigingsgrond wordt geschrapt. Voor de waardering van het bestaande recht moet wederom worden beoordeeld wat de kans zou zijn op een beroep op de beëindigingsgrond. Wanneer de kans waarop een beroep kan worden gedaan op de beëindigingsgrond na twee jaar (dat is vijf jaar na aanvang van het recht) 20% is, moet hiermee rekening worden gehouden. Op dat moment zou het recht een waarde hebben van € 55.300 voor een resterende looptijd van zeven jaar en € 17.000 voor een resterende looptijd van twee jaar. De waarde van het nieuwe recht, zonder beëindigingsgrond, bedraagt dan ook € 55.300. De waarde van het oude recht, met beëindigingsgrond, bedraagt € 47.640 ((€ 55.300 * 0,8) + (€ 17.000 * 0,2)). Het waardeverschil tussen het oude en het nieuwe recht, en daarmee de heffingsgrondslag, bedraagt € 7.660 (€ 55.300 minus € 47.640), zodat hier overdrachtsbelasting over wordt berekend. Wanneer, ten tijde van het wijzigen van de erfpachtbepalingen, de kans waarop het recht zou worden beëindigd nihil is, zou het schrappen van de bepaling niet tot heffing leiden, omdat dan de beide waarden gelijk zijn (beide € 55.300).

Overigens zou het later opnemen van een beëindigingsgrond leiden tot een verlaging van de waarde van het recht, hetgeen leidt tot een belaste verkrijging bij de eigenaar.

5 Ontbindende voorwaarden

Hiervoor besprak ik de mogelijkheid om bepalingen op te nemen in de akte van uitgifte waarmee het recht eindigt voor de (maximale) einddatum. Dergelijke bepalingen zien op de duur van het recht en zijn naar mijn overtuiging niet aan te merken als ontbindende voorwaarden. Van een ontbindende voorwaarde is sprake als de rechtshandeling afhankelijk is gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis (art. 6:21 BW). Een ontbindende voorwaarde doet de verbintenis met het plaatsvinden van de gebeurtenis vervallen (art. 6:22 BW). Wanneer de ontbindende voorwaarde is vervuld, dienen de verrichte prestaties ongedaan gemaakt te worden, tenzij uit de strekking van de rechtshandeling anders voortvloeit (art. 6:24, eerste lid, BW).

Dergelijke ontbindende voorwaarden eindigen veelal voordat de notariële uitgifte wordt getekend. Denk hierbij aan een financieringsvoorbehoud dat de verkrijger de mogelijkheid geeft om de uitgifteovereenkomst te ontbinden als hij niet in staat is zijn verkrijging en de beoogde bebouwing te financieren. Daarmee is de werking van de ontbindende voorwaarde redelijk beperkt in de tijd. Toch kan het ook voorkomen dat een ontbindende voorwaarde blijft doorlopen nadat de notariële akte van vestiging is gepasseerd en is ingeschreven in de daartoe bestemde openbare registers. Alsdan veelal gesproken van een ‘Groninger akte’.

De opzet van het opnemen van een ontbindende voorwaarde in de notariële akte van vestiging is dan ook veelal bedoeld om reeds uitvoering te geven aan een tussen partijen gesloten overeenkomst, waarbij partijen echter de mogelijkheid hebben om de gevolgen van die uitvoering naderhand weer terug te draaien. Dit is dus anders dan dat partijen wel degelijk uitvoering willen (blijven) geven aan de tussen hen gesloten overeenkomst, echter met de mogelijkheid om de duur daarvan te beperken.

Het terugdraaien van de gevolgen van de tussen partijen gesloten overeenkomst is een voorwaarde voor de teruggave van de reeds betaalde overdrachtsbelasting (art. 19 Wet BRV). Op verzoek wordt teruggaaf van de oorspronkelijk betaalde overdrachtsbelasting verleend, indien de toestand van vóór de verkrijging zowel feitelijk als rechtens wordt hersteld als gevolg van de vervulling van een ontbindende voorwaarde.¹² Hiermee dient in elk geval de onbezwaarde eigendom weer terug te keren bij de eigenaar. In zijn Besluit van 3 oktober 2019¹³ geeft de staatssecretaris onder andere aan:

‘Voor een feitelijk en rechtens herstel van de toestand van vóór de verkrijging, moet de verkoper onder meer de door hem ontvangen koopsom geheel restitueren.’

De terugbetaling van de koopsom lijkt, in de ogen van de staatssecretaris, een voorwaarde te zijn voor de toepassing van de faciliteit. Dit lijkt mij ook wel een begrijpelijke voorwaarde. Ik zou mij ook kunnen voorstellen dat hetzelfde geldt voor de terugbetaling van een eenmalige vergoeding aan de (voormalig) erfpachter bij de ontbinding van de erfpacht. Maar wat nu als door de verkrijger alleen maar een periodieke canon is voldaan aan de eigenaar van wie hij het recht van erfpacht heeft gekregen? De vraag ontstaat of deze door de verkrijger aan de

¹² Hierbij kan ook gebruikgemaakt worden van de vrijstelling van art. 15, eerste lid, onderdeel r, Wet BRV voor de verkrijging door de eigenaar ten gevolge van de ontbinding.

¹³ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 3 oktober 2019, 2019-128190, Stcrt. 2019, 57039.

eigenaar betaalde canon, volledig moet terugkeren bij de (voormalig) erfpachter. Ik zou menen dat dit het geval is. De eenmalige vergoeding is veelal het substituut voor een periodieke canon. Ofwel de eenmalige vergoeding kan worden aangemerkt als de vooruitbetaling van toekomstige canonbetalingen. Ik zie dan niet in waarom de eenmalig betaalde vergoeding wel zou moeten worden terugbetaald en de vervangende periodieke canonverplichting niet.

6 Tot slot

Bij het vestigen van een beperkt (zakelijk) recht kunnen partijen de duur waaronder het recht wordt gevestigd nader invullen. Hierbij hebben zij ook de mogelijkheid om beëindigingsgronden overeen te komen, waarmee het recht eindigt voordat de maximale periode waarvoor het recht is gevestigd, is verstreken. Bij de berekening van de heffingsgrondslag moet rekening worden gehouden met deze voortijdige beëindiging. Hiermee is de heffingsgrondslag lager dan dat er geen rekening gehouden zou worden met deze beëindiging. Daarnaast leidt de beëindiging op grond van deze bepaling niet tot een belaste verkrijging. Het opnemen van een dergelijke bepaling kan dan ook tot een aanzienlijke besparing leiden.

Een dergelijke bepaling dient echter niet verward te worden met een overeengekomen ontbindende voorwaarde. Hoewel beide regelingen ertoe leiden dat de onbezwaarde eigendom terugkeert bij de eigenaar, is de opzet en uitwerking geheel anders.